

産大法学 42巻2号 (2008. 9)

騒乱罪の構成要件について

——いわゆる「共同意思」要件を中心に (1)

増 井 敦

はじめに

I 問題の所在

- 1 法的構造
- 2 「共同意思」要件

II 法的構造

- 1 本文構成要件行為説
- 2 各号構成要件行為説
- 3 本文各号構成要件行為説 (以上、本号)

III 「共同意思」要件 (以下、次号)

IV 騒乱罪の構成要件

はじめに

協働による犯罪遂行に関与した者が刑事責任を負う範囲・根拠をめぐることは、わが国では基本的に、個人責任原理と集団責任原理の対立という形で議論されてきた。もっとも、どちらの原理を援用する者も、「集合的行為」(犯罪遂行における他者との協働行為)という社会的事象を適切に事実構成した上でそれを議論の出発点に据えなければならないという点まで否定していたわけではなかった。問題は、集合的行為をどのように把握すべきかについて具体的に検討を加えてこなかったこと、結局のところ、論者の支持する原理に見合った事実構成が正しいと主張されたにすぎなかったことにあった。二つの原理のアボリアから抜け出すべく、筆者は既に、集合的行為の事実分析を社会心理学の知見のもとに行い、協働による犯罪遂行への関与者が負うべき刑事責任の事実的前提を明らかにしてきたところである。⁽¹⁾ その考察の結論は以下のようにまとめることができる。すなわ

ち、①集合的行為は、集団自体あるいは集団を構成する個人のいずれにも還元し尽くせない社会的事象である。②その刑事責任は、集団實在論でも個人還元論でもなく、集合的行為における自己概念の変容という事実的基礎をもとに論じられるべきである。すなわち、個人と集団の双方にリアリティを認めつつ、「自己カテゴリー化」が個人のレベルから集団レベルへと抽象化される程度という観点から集団成員の行為をとらえたうえで、集団と個人の関係に着目して論じられるべきである、と⁽²⁾。

これらを集合的行為の刑事責任に関する法解釈における事実的基礎としつつ、本稿では騒乱罪の構成要件を巡る法解釈論上の問題点について、いわゆる「共同意思」要件を中心に検討を加えることにしたい。

註

(1) 増井敦「集合的行為の刑事責任に関する予備的考察（一）～（二・完）」法学論叢157巻1号（2005）55頁以下、157巻2号（2005）48頁以下。

(2) 増井・前掲論文（二・完）71頁。

I 問題の所在

騒乱罪は次のように規定されている。

第106条 多衆で集合して暴行又は脅迫をした者は、騒乱の罪とし、次の区別にしたがって処断する。

- 1 首謀者は、1年以上10年以下の懲役又は禁錮に処する。
- 2 他人を指揮し、又は他人に率先して勢いを助けた者は、6月以上7年以下の懲役又は禁錮に処する。
- 3 付和随行した者は、10万円以下の罰金に処する。

本規定は、多数人の集合行為がなければ成立しない必要的共犯の一種としての集団犯であるところに最大の特徴がある。

1 法的構造

騒乱罪の構成要件に関しては、本条の法的構造、すなわち、本文と各号

のいずれを構成要件行為と解するかが、本罪の主体や実行行為をどのように把握するか、主観的要件は何かなどをめぐって争われており、その背後には、集団犯における集団と個人の関係をめぐる見解の対立がある。⁽³⁾⁽⁴⁾

(1) 本文構成要件行為説

有力な学説は、集団犯を集団そのものによる犯罪ととらえる立場から、多衆集合して暴行・脅迫すること、すなわち集団的暴行・脅迫行為が本罪の構成要件行為であって、首謀者・指揮及び率先助勢者・付和随行者の規定は加担者の演じた役割に応じた処罰の区分に過ぎないとする。そして、このような条文構造の理解から以下のような解釈がもたらされる。集団的暴行・脅迫行為が構成要件該当行為なのだから、騒乱罪の構成要件該当性は構成員の一人ずつの行為について考えるべきではなく、群集の行動を全体として考察して判断しなければならない。構成要件の故意についても、群衆を支配する群集心理を元にして考察するべきである。また各号の規定は、群集犯罪の特質から導かれる加担者の演じた役割に応じた刑の軽重の区別であるから、各号に列举されていない者の処罰も列举された者との共犯もありえない、ということになる。

(2) 各号構成要件行為説

これに批判的な学説は、集団犯をあくまで集団を構成する個人による犯罪に還元しようとする立場から、騒乱状態を引き起こした首謀者・指揮及び率先助勢者・付和随行者の各行為が本罪の構成要件行為であり、多衆集合して暴行・脅迫をするということは、騒乱罪の構成要件の結果あるいは状況であるとする。⁽⁶⁾このような条文構造の理解からは以下のような帰結もたらされる。各号の該当行為が実行行為といえるので、騒乱罪の着手時期はそれらの行為の開始時点となる。また故意は構成員個人の意思を基礎として判断される。現実の暴行・脅迫は構成要件の結果であるから、必ずしも具体的に認識していなくても抽象的に認識していれば足りる。さらに、集団外の者も各号に掲げる行為への関与形態に応じて共犯規定が適用される、などである。

（３）本文各号構成要件行為説

さらに、集団犯において集団そのものと個人の双方を重視しようとする立場から、各号を単なる処罰の区分とせず⁽⁷⁾に共同行為の態様の区分として、本文と各号を共に構成要件の行為と理解する学説がある。それによれば、各関与者の処罰の前提としての騒乱罪の成立は集合した多衆による暴行・脅迫の存否によって判断されるべきであるが、騒乱罪の成立が認められた場合になお各関与者について、それぞれの行為が各号行為に該当するかどうかという構成要件該当性すなわち実行行為性が問題とされる。したがって、構成要件的行為としては、集団犯としての実行行為である本文にある集団的暴行・脅迫に加えて、首謀者の行為、他人を指揮する行為、付和随行行為などが、集団構成員としての実行行為であるということになる。このような条文構造の理解に立つ場合、集団としての行為と、構成員としての行為との二段階に評価される。故意も、前者については、多衆を構成する個々人の意思を超えた集団としての全体的な意思が集団的な暴行・脅迫を認容支持する集団的な共感意識として、後者については、集団的暴行脅迫及び各号の掲げる個別行為の認識・認容と規定される。集団外からの関与者については各号の行為にも実行行為性を認めるゆえに共犯規定の適用も可能に思えるものの、実際はその他の実質的な考慮から論者によって判断が分かれている。

なお、判例は多元的なアプローチをパッチワーク的に用いながら複雑な展開を見せてきたが、その基本的態度は、騒乱罪の集団犯としての特質を考慮して、各関与者の処罰の前提としての騒乱罪の成立については全体的なアプローチを採用しながら、騒乱罪の成立が認められた場合に、なお各関与者についてそれぞれの行為が各号行為に該当するかどうかを問題とすることで、できる限り個人行為責任の原則を貫こうとするものである。実務においては、多衆としての集団全体の暴行・脅迫による騒乱の部分と、各関与者ごとの、首謀者・指揮および率先助勢者・付和随行者に相当する具体的な行為を区別して明示する形式が定着しており、判例は、集団としての騒乱行為とともに各関与者の行為をも構成要件的に評価して取り扱っ

⁽⁸⁾
ていると思われる。

このように日本における騒乱罪の議論では、一定の条文の構造理解を前提としながら、主体や実行行為をどのように把握するか、主観的要件として何を要求するかが説かれてきた。しかし、表面的には条文の解釈として展開されている上記の議論も、集団的犯罪現象における個人と集団、及び、両者の関係についての一定の事実的理解を前提としているのであって、騒乱罪規定の解釈にあたっては、諸見解の背景にある個人と集団の関係理解にまで踏み込んだ検討を行なう必要がある。そうでなければ、106条の解釈論は集団的な犯罪現象において個人が処罰されることの実質的な根拠付けを欠いたまま文言解釈の形式的組み合わせに堕してしまうだろう。そこで、本稿では、①集合的行為は、集団自体あるいは集団を構成する個人には還元し尽くせない社会的事象である、②その刑事責任は、集団実在論でも個人還元論でもなく、集合的行為における自己概念の変容という事実的基礎をもとに論じられるべきである、という筆者の立場から、まずは、騒乱罪規定の法的構造をめぐるこれらの諸見解に対する評価を明らかにすることで、具体的な解釈論上の帰結を導く前提を示すこととする。

2 「共同意思」要件

さらに、本稿では、騒乱罪規定の法的構造について一定の立場を明らかにしたうえで、いわゆる「共同意思」要件の意義を中心に、具体的な個々の構成要件要素に関する解釈を展開する。

騒乱罪において判例・通説は、関与者による首謀・指揮・付和随行などの個別行為の認識のほかに、特殊な主観的要件として「共同意思」を要求してきた。しかしながら、「共同意思」の意味内容、位置づけに関しては、論者によって説明の仕方が異なる。また、判例においても、共同意思は、「集団全体としての意思」と「集団を構成する個々人の意思」の二義に用いられており、個々の事案における判示内容からは両者の区別は必ずしも明確にされていない。例えば、平事件上告審判決の共同意思に関する説明は、「集団としての多衆の共同意思ではなく、むしろ、その多衆を構

成する個々人についての故意を問題とするもの⁽¹⁰⁾とみられているが、判例
ないし実務の中には共同意思を、①共同実行の意思と同視する、②事前共
謀と解する、③共感意識と解する、などの各見解があった旨の指摘もなさ
れている⁽¹¹⁾。さらに、大須・新宿両事件の各上告審決定は、いずれも騒乱罪
の成立範囲を画する共同意思の認定につき、集団構成員個々人の故意のみ
でなく、まず集団全体としての共同意思の存在の検討を要することを示し
ているとみられて⁽¹²⁾いる。

このように「共同意思」要件に関しては、その意味内容、位置づけを明
らかにするためにさらなる分析が必要であると思われる。そこで、本稿で
は、騒乱罪の構成要件としての「共同意思」について、個人と集団の双
方にリアリティを認めつつ、「自己カテゴリー化」が個人のレベルから
集団レベルへと抽象化される程度の観点から集団成員の行為をとらえた
うえで、集団と個人の関係に着目するという筆者の立場から検討を加え
ることにしたい。

註

- (3) 松本光雄・大塚仁ほか編『大コメンタール刑法（第二版）第6巻』（1999）
355頁以下、小野寺一浩「騒擾罪の構造について（一）～（二・完）」福岡大
学法学論叢32巻2号（1987）131頁、33巻1号（1988）137頁以下。
- (4) このほか保護法益についても、それを公共の平和・社会の平穏と考える
か、不特定多数人の生命・身体・財産と考えるか争いがある。騒乱罪の保護
法益論については、伊藤司「騒擾罪の保護法益についての一考察—刑法にお
ける『社会』概念を視座において（一）～（二・完）」北大法学34巻1号
（1983）79頁、35巻1-2号（1984）213頁。
- (5) 団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（1990）175頁以下など。
- (6) 平場安治「騒擾罪の構造—平事件判決を機縁として」法学論叢71巻5号
（1962）1頁以下、井上正治「治安刑法としての騒擾罪」法律時報42巻8号
（1970）132頁以下、平野龍一「刑法各論の諸問題13」法学セミナー220号
（1974）64頁以下、中森喜彦『刑法各論（第2版）』（1996）193頁以下など。
- (7) 大塚仁『刑法概説（各論）（第三版）』（1996）360頁、内田文昭『刑法各論
（第三版）』（1996）421頁、小野寺・前掲論文注(3)(二・完)165頁など。
- (8) 松本・前掲書注(3)357頁。
- (9) 最判昭35・12・8刑集14・13・1818

- (10) 大塚仁『注解刑法（増補第2版）』（1977）539頁。
(11) 江藤孝「集団犯の諸問題」井上還暦『刑事法学の諸相（下）』（1983）270頁。
(12) 松本・前掲書注(3)393頁以下、大須事件上告審最決昭53・9・4刑集32・6・1077、新宿事件上告審最決昭59・12・21刑集38・12・3071。

Ⅱ 法的構造

以下では、騒乱罪の法的構造に関して、本文構成要件行為説、各号構成要件行為説、本文各号構成要件行為説それぞれの主な論者の諸見解を紹介、検討する。

1 本文構成要件行為説

騒乱罪の解釈において、個人を超えた集団そのものを出発点とし、同罪の本質を成員の非理性的精神状態に求めた鴨良弼は、本文のみが構成要件となりうることを次のように論じた。

刑法一〇六条各号で役割あるいは行為が類型化されている騒乱罪と群集犯罪の本質とは必ずしも相容れないところがある。偶然的な集合体において明確な役割分担が存在することは考えにくいからであり、さらに、臨界点に達している集団では、外部からの些細な刺激を原因として爆発的な群衆行動が引き起こされうるので、重要な原因、影響を与えた者を典型的に把握することも困難だからである。それゆえ、群集犯罪において集団の構成員個人の行為を論じることは犯罪の本質と相容れず、むしろ「群集」そのものの行動が取り上げられ、騒乱罪に該当する場合に、さらに「群集」内部にあって時間的、場所的、身体的な緊密関係にある構成員にのみ騒乱罪が適用されるべきである。⁽¹³⁾

群集を動かすのは意思的要素ではなく、むしろ時間的、場所的、身体的な緊密関係の下での非理性的な集団感情であり、群集行動の直接的原因は何らかの外部的刺激であると考えるのである。それゆえ、個人の刑事責任を意思責任、行為責任の観点から問うことはできず、群集内部で時間的、

場所的、身体的な緊密関係にあった者について予防的な観点からそれが基礎付けられることになるのである。⁽¹⁴⁾

以上のように、群集の中では個人が理性を失い、無意識の状態に陥り、それゆえ、構成要素である個人の心理とは質的に異なり感情的で非理性的な性質をもつ「集合心」が群集の行動を支配するというル・ボンの群集研究に依拠する鴨の見解は、群集心理に支配された集団そのものを犯罪主体と考え、集団的な暴行・脅迫が行なわれた場合に、集団内部で時間的、場所的、身体的な緊密関係にあった者を一様に処罰する見解であった。⁽¹⁵⁾そこでは、ル・ボン流の集団理解によって、多衆を主体とする本文のみが構成要件とされるべきことが理由づけられていたといえようが、一方で、各号の行為者区分規定については、およそ説明に失敗することにならざるをえず、むしろその規定自体に疑問を向ける結果となっている。確かに、集団内の構成員が無意識の状態に陥っているとすれば、個々人に行為責任を問うことは困難といえよう。しかしながら、集団を構成する個人に関する最近の群集研究が、構成員は無意識で非理性的な状態に陥っているわけではないことを明らかにした結果、基礎とされる集団理解の不十分さが認識されるようになっており、このような法的構造の解釈と理由づけを採用することは困難であると思われる。

草野野一郎は、騒乱罪の主体を群集心理に支配された非理性的な集団とみる鴨の見解とまったく異なり、集団を一個の共同の意思を持つ主体とみる共同意思主体説の立場から、騒乱罪の構造を説明した。⁽¹⁶⁾

まず、集団犯罪の性格について次のように述べる。集団犯罪における群集（草野はこれを「衆団」とよぶ）とは、「単純なる多数人の集団」である「所謂烏合の衆」ではなく、「其の群集を形成して居る多数の個人が、決して独立的存在をなすのでなく、互に相連絡し相共通した特殊の精神を有し、個人の活動は、自己のみに限られた意志によって行なわれるのではなく、共同一致した上で現れるところのもの」⁽¹⁷⁾である。「例えば、性質極めて怯懦なるもので自分独り独立しては何等の不良行為をも敢てし得ないものも、これが数人集まれば、各他人の加勢を頼み、責任に対する宥恕の

念を生じ、各個人が何れも常には見られないような敢行心を起して、不良行為をなす⁽¹⁸⁾」ようになる。「換言すれば、衆団犯に至っては、客観的には法益侵害性が拡大せられ、主観的には犯人の危険性が増大する」のである。それで「刑法が第七十七条に規定する内乱罪、第一百六条に規定する騒擾罪の如き謂わゆる集団犯はもちろん、総則第六十条以下に規定する共犯の類も亦、衆団犯と称することを妨げない訳である」⁽¹⁹⁾。

そのような共同意思主体としての衆団が犯罪行為を行なった場合、共同意思を形成した個々人が刑事責任を問われるが、刑法は「騒擾罪に付て、之を各則に規定し、総則の共犯規定の適用を排除している」⁽²⁰⁾。「多人数の集団犯に在っては、共犯規定を以て律するを相当としないものがあるからであらう。……総則の共犯規定の如く、犯罪の実行行為に関与する正犯に重きをおいて考えるときは、騒擾罪における首魁の如きは、正犯たらざるの故を持って軽く罰せねばならぬことになり、之に反して付和随行者の如きは、正犯たるの故を持って却って重く処罰せねばならぬことになる」という「不合理」が生じるからである。⁽²¹⁾

そこで次に、単独で暴行・脅迫を行なった場合に比して、騒乱罪において首謀者、指揮者又は率先助勢者の刑が加重され、付和随行者の刑が軽減される根拠については次のように論じる。首謀者、指揮又は率先助勢者が重い責任を負うのは、重大な結果を引き起こしたからだけでなく、「此等の者は、主導者乃至指導者として犯罪の成立に主たる役割を演ずるものに外ならぬからである。此の意味において、此等首魁乃至率先助勢者には、犯罪の実行ということが重きをなさぬのである」⁽²²⁾。また付和随行者が極めて軽い刑罰にとどまるのは、「群集に個人が入り込んだときは、…個人としては自己の人格を殆ど全く失って」⁽²³⁾しまうため、すなわち「心神耗弱化」するためである。

以上のように草野の見解は、共同意思主体説に立脚し、共同意思主体である「多衆」による暴行・脅迫を構成要件として、共同意思主体を形成する者を各号に区分規定された役割に応じて処罰するとの構成をとる。集団の行為が騒乱罪に該当した場合に処罰される者には、騒乱の現場に赴いた

者だけでなく、集団の共同意思を形成した者、具体的には、謀議に参加したり、相互に緊密な意思連絡を行った者も含まれることになる。この見解に向けられる内在的批判は、首謀者等が重く処罰される理由を役割の重要性に求める一方で、付和随行者が軽く処罰される理由を群集心理による心神耗弱に求める点で一貫しないところである。群集心理の影響は重要な役割を果たす者にも及ぶ場合があると考えられるからである。また、構成員相互の意思連絡によって共同意思主体が形成されるとしながら、付和随行者は心神耗弱化しているとの説明もやはり不整合を否めない。さらに、草野は、共同意思主体説においてマクドゥーガルの集団研究を取り入れたものの、マクドゥーガルが個人の心の外部に存在する超個人的な集合的意識というものを否定したのに対して、集団を「個人とは別個の行為主体」として集団をとらえている点で異なる。しかしながら、個人とは別個の行為主体として集団を理解する見解は、集団研究においてすでに過去のものとして克服されたものであり、共同意思主体説による説明はその事実的基盤において欠陥ありといわざるをえないように思われる。

鴨、草野の見解は共に、集団の構成員の行なう個々の行為をほとんど問題とすることなく、集団自体の行為に着目し、それが騒乱罪に該当するといえる場合には、場所的・身体的に、あるいは意思的に集団を形成した者を処罰するというものであった。そこでは、個人行為責任の原則との関係が意識的に論じられることはほとんどなかったといってよい。この点、群集自体の行動を考察の出発点としながら、個人責任の原則を意識しつつ理論的考察を行ったのが団藤重光⁽²⁴⁾である。

団藤は騒乱罪の対象となる集団については次のように述べる。それは目的を持たない烏合の衆であってもよい。では、集団が烏合の衆であっても、行われた暴行・脅迫が単に個々人の同時犯ではなく、集団行動の一部として、多衆の合同力をもって行なわれた、いわば、集団そのものの暴行脅迫といえるためにはどのような要件が立てられるのか。団藤はそれを主観、すなわち、共同意思に求めた。共同意思とは集団を支配する群集心理であり、それは「群集の中の多衆が一自ら暴行・脅迫をすると否とを問わ

ずー自分たちが群集の力のもとに暴行・脅迫をしているのだという意識⁽²⁵⁾とされる。そのような共同意思の存在する集団の構成員による暴行・脅迫が、集団そのものの暴行・脅迫ととらえられるのである。共同意思はその集団を支配する群集心理であるから、共謀や通謀とは異なり、また関与者全部間での相互の意思連絡ないし認識の交換までは要求されない。「騒擾罪の構成要件該当性は群集の構成員一人ずつの行為について考えられるべきではなく、群集の行動を全体として考察して判断されなければならない。したがって構成要件の故意とみなされるべきものも、群集犯罪の定型の見地から、群集を支配する群集心理をもとにして考察されるべきであり、いわゆる共同の意思も、構成員の全員が持つことを要しない⁽²⁶⁾」とされる。

群集自体の行為が騒乱罪に該当することが確認されると、さらにどのように個人が責任を負うかが論じられる。集団的犯罪における個人の処罰がいかに個人行為責任の原則と整合的になされ得るかが問われるのである。団藤によれば、集団の構成員は果たした役割に応じて処罰される。すなわち、集団を形成したために個人の行為とは関わりなく処罰されるわけではないと考えるのである。役割は、現場に存在したかどうかではなく、実質的に考慮される一方で、各号に規定された役割に当たらなければ処罰はされない。また、責任要件としての故意は構成要件の故意とは異なって、「個人責任の原理が支配するべきであり、行為者の一人ごとに考えなければならない⁽²⁷⁾」とする。責任故意の内容は騒乱罪の構成要件を充足する多衆の暴行・脅迫を未必的に表象し、認容したことで足る⁽²⁸⁾。

団藤は、群集の行動を全体的に観察して、群集としての暴行・脅迫があったといえる場合に、その群集の中で果たした役割に応じて個人を処罰するとの構成をとる。それゆえ、構成要件該当性の判断において、集団自体の行為をとりあげ、個人帰責の根拠付けにおいても、個々人の「行為」よりも集団内での「役割」に重要な意味を与える。さらに個人の責任を基礎付ける故意も集団の行為についての認識として構成している。しかし、各号に規定された以外の役割を果たした者は処罰の外に置かれるという点

で、各号に規定された役割には処罰の区分以上の意味が与えられているといえよう。条文構造の理解において本文構成要件行為説に立ちながら実質的には各号の規定に構成的意味を与えているという点で、内的一貫性は犠牲にされていることは認めざるを得ないが、この点は、本文構成要件行為説に立ちながら個人行為責任の原則との調和を目指す理論的努力とも評しうる。もっとも、それは同時に、本文構成要件行為説の限界を示すものでもあったように思われる。

2 各号構成要件行為説

以下では、各号構成要件行為説に立つ主な見解を紹介し、検討する。

平場安治は、本文構成要件行為説⁽²⁹⁾に対して次のような批判を向けた。すなわち、騒乱罪の構成要件的行為を本文に規定される多衆による暴行・脅迫であると考えらるならば、騒乱罪の行為主体は多衆であると解することになる。騒乱罪の成立には行為者を行為へと拘束する客観的意思の存在が要求されるが、同罪のいわゆる「多衆」は単なる烏合の衆でもよく、その共同意思が情動的・情緒的な単なる感情の状態にとどまりうるとすれば、それが責任を基礎づける客観的意思などとは到底いえない。それゆえ、多衆を行為主体として、多衆の暴行・脅迫を構成要件的行為と解するのは意思責任原則に反すると論難する。

続けて、平場は、騒乱状態を引き起こした首謀者・指揮及び率先助勢者・付和随行者の各行為こそが本罪の構成要件行為であるとして次のように説明した。「多衆集合して暴行脅迫をなすというのは、違法な結果状態であり、騒擾構成要件に共通の結果要素であって、決して騒擾構成要件それ自体ではないということになる。即ちそのような結果即ち、騒擾状態を生じた行為の態様により、更に首魁、指揮及び率先助勢並びに附和随行に分れるのである。……各人の責任を基礎付けるものは、……騒擾状態を生ずるに至った各人の行為、即ち計画的実現、指揮、率先助勢、附和随行の行為でなければならない。かくして、騒擾罪も亦、共同意思ではなく、個人の行為意思に責任の根源を見出すのであって、行為責任、意思責任とい

う刑法の大原則は守られるのである。騒擾罪は集団全体の危険性を処罰根拠にし、又個々人の行為も集団を介して行われるという意味で集団犯であるが、個人犯罪とは原理を異にする集団的帰責を認めるわけではないのである。このことは集団に参加した又は集団の一員であるというだけで刑事責任を問われるものではないという点で重大な意味を持つ⁽³⁰⁾」、と。もっとも、平場の見解も、構成要件の結果としての集団的な暴行・脅迫の要件として、群集間に同調感情が存在していることを要求することには注意が必要である。

平場は、正当にも、個人とは別個の超個人的な意思主体という考え方を退けたが、騒乱罪成立判断の重要な要素である構成要件の結果の評価において、結局は、ル・ボン流の考え方を取り入れているとすれば、この見解の拠って立つ集団理解は、貧弱であるだけでなく、一貫しないものであるといわざるをえない。また、同罪の各号と本文を行為と結果の関係ととらえるならば、例えば、一個の付和随行行為と多衆による暴行・脅迫という結果の間の因果関係の有無という問題が正面に出てくることになる。しかしながら、大規模な集団による暴行・脅迫に対する、一個の付和随行行為の因果性をどのような意味で肯定できるかというそれ自体難しい問題については自覚的な説明を見ることができない。仮に、これも群集心理の観点から説明するとすれば、各号行為を構成要件的行為とする構成の実質的な意義は失われてしまうことになると思われる。

上述のように構成要件の結果の主観的要件として群集心理を考慮する平場説に対して、江藤孝は次のように批判する。すなわち、平場説は、「同調感情が存在して、構成要件の結果としての多衆集合しての暴行・脅迫がなされたと認められてはじめて、各号の行為をなした者に対して騒擾罪としての罪責を問うことになる、と主張するもの」といえるから、結局、共同意思を共感意識と解する見解と同じことに帰着し、同調感情を刑事責任の根底としているものといわざるをえないことになろう⁽³¹⁾」、と。

そして、「むしろ、もっと徹底して構成要件の結果の主観的要素としても共同意思を排除」し、静謐阻害の有無という客観的要件のみを決定的と

すべきことを主張して、次のような解釈を提示する。「騒擾罪においては、不特定かつ多数人の生命・身体・財産の安全という意味での『公共の平穩』をその法益と解することになり、そして、このような法益の侵害の具体的危険の発生を表象・認容して、刑法106条各号の構成要件の行為がなされ、現にこのような危険が発生したとき、多衆集合しての暴行・脅迫がなされたとして、構成要件該当性が付与される⁽³²⁾」。こうして、江藤は、騒乱罪を各号の掲げる個々人の行為による公共の平穩に対する危険結果の惹起と捉えることを通して、「集団」ないし「集団」犯の本質を論じる意味を消し去ったといえよう。

意思こそ危険であるとの発想を排して、騒乱罪においてもより客観的な判断基準を示すべきであるとの江藤の問題意識には首肯しうとしても、徹底した個人還元論による解決には疑問がある。例えば、江藤にとって騒乱罪成立の決定的なメルクマールとなる、多衆集合しての暴行・脅迫による静謐阻害の有無についても、当該集団の範囲、同一性が確定されなければ、その暴行・脅迫による静謐阻害の有無を判断することは困難である。静謐阻害の危険が発生したときに、多衆集合しての暴行・脅迫がなされたことになるというのは、論理の逆転であると思われる。また、複数の集団及び群衆などが混じった、規模の大きな多人数による暴行・脅迫が、社会的事実として、同一地域内において、時間的連続性と場所的・移動拡大を伴いながら、相当時間にわたり継続して行われたというような場合に、異なった他の集団の構成員らによる暴行・脅迫についてまで罪責を問うことはできないと思われる。その際には、集団の同一性・範囲に関する明確な判断基準が示すことが求められるが、それは個人行為への還元によって解決されるものではなく、むしろ集団構造の一層の解明を要請するものといえる。

3 本文各号構成要件行為説

以下では、本文各号構成要件行為説に立つ主な見解を紹介し、検討する。

莊子邦雄は、共同正犯における「一部実行全体責任」の法理を援用することにより、騒乱罪の本文と各号の関係を説明した。⁽³³⁾

莊子によれば、騒乱罪は、直接的な接触状態にあり、心理的な一体感、無名性、親近感、責任意識の希薄化が支配する群集によって引き起こされる犯罪である。総則上の共同正犯は、必ずしも直接的接触を要しない点で集団犯とは区別される。しかし、騒乱罪における個人帰責の原理は、一部実行全体責任の法理にほかならず、共同正犯と共通する。騒乱罪における実行行為とは、危険の創出に対して役割を担うことである。すなわち、実行行為は集団そのものの暴行・脅迫における役割の視点からとらえられる。そして、集団の暴行・脅迫について役割を果たした限りは、個人的な暴行・脅迫罪ではなく、騒乱罪の責任を負わなければならない。ただし、刑法106条は実行分担の態様の区分を規定して、責任の負わせ方を類型化している。それが各号である。個々の関与者が全体としての実行行為の責任に服するからといって、違法・責任の程度も同一とはならないのである。⁽³⁴⁾以上をまとめると次のようになる。騒乱罪の実行行為は、多衆の合同力による暴行・脅迫である。その一部を分担したものは、一部実行全体責任の法理により、全体について責任を負わねばならない。すなわち、騒乱罪の正犯となる。しかし、刑事責任の重さは各号で規定された各人の実行分担の態様に応じた違法・責任の程度にしたがう、と。したがって、各号規定は単なる処罰の区分ではなく、実行分担の行為態様を規定したものと解されるのである。ここで、どのようなものが実行行為の分担といえるかは難しい問題であるが、騒乱罪においては共同正犯とは異なり、群集意識を生み出す働きをしたという程度、群衆の中に存在しているだけで足りるとされている。

莊子が全体責任の前提となる一部実行が集団内に存在することで足りるとした点、そのような一部実行が全体責任を基礎付けうるのかは問題であらう。それでは結局、集団自体について刑事責任を論じ、それが構成員へ分配されるという共同意思主体説の構成と同じであって、一部実行全体責任の法理に着目した意義が失われてしまったといわざるをえない。とはい

え、集团的犯罪における個人への帰責の原理について、一部実行全体責任の法理を用いて、集団そのものの暴行・脅迫の一部を分担した者が全体としての騒乱罪に正犯として責任を負うことを根拠付け、それと実行行為の分担態様に応じた違法・責任の程度とを区別して、騒乱罪の各号が個々人の違法・責任の程度に応じた処罰を明らかにしているとの指摘は極めて示唆に富むものである⁽³⁵⁾。

本文と各号がともに構成要件行為として解されるべきことをさらにはっきりと論じたのは大塚仁である。すなわち、「騒擾罪の関与者が、首魁・指揮者、率先助勢者または附和随行者としておこなったところが、いずれも騒擾罪の実行行為にあたらないとすれば、騒擾罪の構成要件該当性は、聚合した多衆の暴行・脅迫というきわめて抽象的な事実だけについて論ぜられ、具体的な各関与者の処罰に関する構成要件の類型的意味が没却される嫌いがあるのではなからうか。各関与者の処罰の前提としての騒擾罪の成否そのものは、聚合した多衆の暴行・脅迫の存否によって判定されるべきであるが、騒擾罪の成立がみとめられた場合における各関与者の処罰に関しては、それぞれの関与行為に応じて、まず、その構成要件該当性、すなわち、実行行為性が問題とされるべきである⁽³⁶⁾」、と。

また、内田文昭も本文と各号が共に構成要件行為と解されるべきことを次のように詳述する⁽³⁷⁾。「「集合」した「多衆」が、「人」・「物」に対して、「暴行」または「脅迫」を加えることが集団犯としての騒擾の「行為」であるが、…騒乱罪の「構成要件の行為」としては、右のような「集团的暴行・脅迫」のほかに、さらに「首謀者」の行為・「他人を指揮」する行為・「他人に率先して勢いを助け」る行為・「附和随行」する行為が行われる必要がある。「集团的暴行・脅迫」が、集団犯としての実行行為であることに疑問はないのであるが、「首謀者」の行為・「他人を指揮」する行為なども、集団構成員としての実行行為であるといわざるをえないのである。集团的暴行・脅迫は、構成員の全員がこれを行う必要がない以上、個々の構成員はすくなくともみずから「附和随行」する行為に出る必要があるからである。さもないと、単に集団の内部に「いた」というだけで処

罰されることになる。これは、現行法106条の規定に調和しないばかりか、実質的にも到底耐ええない帰結であろう。106条が、「暴行」・「脅迫」と、必ずしも暴行・脅迫を要件としない「首謀」・「指揮」・「率先助勢」・「附和随行」とを書き分けているのも、集団としての実行行為と、個々の実行行為とを区別する態度にでたものとみるべきであろう⁽³⁸⁾」、と。

本文と各号のいずれも構成要件行為であると解するこれらの見解は、集合的行為は、集団自体あるいは集団を構成する個人のいずれにも還元し尽くせない社会的事象であるという事実的基礎に照らしても妥当な方向を示しているということができるように思われる。しかしながら、このような集団と個人に関する二元的な理解においては、集団としての行為と個人としての行為の関係が明らかにされ、全体としての違法な結果と個人の責任をつなぐ契機が示される必要がある。そうでなければ、二元的な構造理解は、全体としての違法結果に対する責任を個人へ転嫁するという構成へと容易に取り込まれる恐れがあるからである。本文各号構成要件行為説もこの点を十分明らかにしてきたとはいえず、そこに同説の弱みがあったといわなければならない。とはいえ、最近の集団研究は、個人の行為が、集団としての行為であると同時に自己の行為として両立しうることを、個人と集団の双方にリアリティを認めつつ「自己カテゴリー化」が個人のレベルから集団レベルへと抽象化される過程に着目することによって説明することに成功してきた。例えば、ある一人の付和随行者の集団的な暴行・脅迫への関与について考えてみる。その際、本文構成要件行為説の論者がいうように、集団そのものが実在として存在し、個々の行為者は集団に埋没し自己意識を喪失しているとすれば、その付和随行者に、集団による騒乱行為の罪責を問うことは転嫁責任にあたる。しかしながら、実際には、彼は自己の行為の意味を十分に認識したうえで付和随行行為に出ている。そのとき、彼は集団的な暴行・脅迫を行う集団のレベルにまで自己カテゴリーを抽象化させながら、自己の行為を行っているのである。それゆえに、彼の付和随行は、各号該当行為として評価されると同時に、本文に該当する集団的な暴行・脅迫であると評価されう

る。そして、集団の行為としての行為と自己の行為としての行為のこの両立可能性に、騒乱罪における集団的な暴行・脅迫による違法な結果の個人への帰責を可能にする契機を見出しうるということができる。もっとも、この場合でも、社会の平穏を害するに足り程度の集団的な暴行・脅迫が行われたというためには、集団を全体として評価する必要がある。とはいえ、全体的な評価は不可避であるとしても、集団がそれ自体として個々人を離れて存在しているというわけではない点に留意すべきである。

ここで、騒乱罪の法的構造に関して、集団か個人かという二者択一論から脱却すべきこと、両立を可能にするような関係の個人観に立ってこれを理解すべきことを強調するために、ドイツの社会学者エリアスの議論を紹介する。⁽³⁹⁾個人と集団の関係について論じた哲学者、社会学者、法学者は大勢いるが、なぜ個人と集団の関係を考えることが大きな困難を伴うのか、個人と集団の二項対立というアポリアがなぜ生じるのかを論じた点でエリアスの議論は特別な意味をもっていると思われるからである。

エリアスによれば、われわれは、複数の個人が一つの集団を形成すること、「複数の個人からなる集団」というものを知っているし、経験している。しかし、「複数の個人からなる集団」というものについて考えようとすると途端に、「個人」と「集団」という二項に分解してしか捉えられなくなるのである。⁽⁴⁰⁾それはなぜか。エリアスは、個人でも集団でもない別の概念モデルを作ろうとすると、われわれの自己意識が抵抗するからだという。この自己意識は、集団は個人の幸福のための手段にすぎず、個人こそが目的であり価値を持つという立場と、集団は個人よりも重要であり、個人の目的となるのは集団そのものであるという立場との間を行き来している。価値に関するいずれかの態度決定が自己意識の中で働くために、「複数の個人からなる集団」について認識することを困難にしている。それゆえ、個人と集団について考えるには目的論的な思考を自己意識から排除することが要請される。⁽⁴¹⁾

そのうえでエリアスは次のように言う。個人を他から切り離された「単数形の個人」として捉える限り、個人という概念自体が誤りといわねばな

らない。「複数の個人からなる集団」においては他者と結びつき、相互に関係しあう複数の諸個人が存在しているのであって、相互依存の編み合わせの中でわれわれはそのようなものとしてのみ存在している。それゆえ、諸個人は文脈の中でしか理解することができず、他方、文脈はといえは諸個人によって作られている。このような解釈的循環の中でのみ個人と集団⁽⁴²⁾を理解することが可能となる、と。

集団を構成する諸個人は、他者から切り離され孤立した個人として存在しているのではなく、他者との関係を通して初めて理解可能となる、集団の文脈の中での解釈を通してはじめて立ち現れてくるような存在として評価する必要がある。そして、このような集団と個人の関係理解を前提として、騒乱罪規定は、本文各号構成要件行為説のもとに解されるべきなのである。

註

- (13) 鴨良弼「騒擾罪の問題性」ジュリスト165号（1958）17頁。
- (14) 鴨・前掲論文19頁。
- (15) ル・ボンの群集研究と鴨への影響については、増井・前掲論文注(1)(一) 67頁以下。
- (16) 草野豹一郎「集団犯罪に就いて」法律時報21巻11号（1949）15頁以下、同『刑法要論』（1956）202頁以下。
- (17) 草野・前掲論文15頁。
- (18) 草野・前掲論文15頁。
- (19) 草野・前掲論文16頁。
- (20) 草野・前掲論文16頁。
- (21) 草野・前掲論文16頁。
- (22) 草野・前掲論文16頁。
- (23) 草野・前掲論文16頁。
- (24) 団藤・前掲書注(5)172頁以下、同「集団犯罪雑感」法律タイムズ25号（1949）頁以下。
- (25) 団藤・前掲書180頁。
- (26) 団藤・前掲書180頁。
- (27) 団藤・前掲書180頁。
- (28) なお、付和随行者が軽く処罰される根拠については、群集心理を考慮した

とされるが、この点については、なぜ群集内の構成員全てが群集心理に影響されるにもかかわらず付和随行者のみが軽く処罰されるのかという上で述べたのと同様の批判が当たるとされる。

- (29) 平場・前掲論文注(6)12頁以下。
- (30) 平場・前掲論文14頁。
- (31) 江藤孝「騒擾罪における「共同意思」—共同意思否定論の試み」判例タイムズ275号(1972)28頁。
- (32) 江藤・前掲論文28頁。
- (33) 莊子邦雄「騒擾罪の構造的特質—平事件最高裁判決を機縁として—」ジュリスト219号(1964)6頁以下、同「集団犯の構造」『刑法講座第五卷』(1967)1頁以下。
- (34) 莊子・前掲論文「集団犯の構造」8頁以下。
- (35) 同様に西田典之も騒乱罪を共同正犯の一種とみてこう述べる。「共同意思は、一方で、暴行・脅迫が「多衆の合同力」すなわち集団全体によるものと認められるための要件であるが、他方で、集団の構成員による暴行・脅迫の結果を他の構成員(主として、付和随行者)に帰責するためのものであるといえよう。なぜなら、騒乱罪は集団犯であるから、ゆるやかな意味での共同正犯の一種であり、集団に参加していること自体が集団の行動に対する一定の影響力を有するとしても、このことについて責任を問うには、最低限加担の意思を必要とするからである」。西田典之『刑法各論(第四版)』(2007)268頁。
- (36) 大塚・前掲書注(10)541頁。
- (37) さらに、集団的暴行・脅迫が「実行行為」であって、「首謀者」・「指揮者」などは、多衆中に占める役割にすぎないと考えるか、「首謀」・「指揮」などの行為こそが「実行行為」であって、集団的暴行・脅迫は、「構成要件の結果」にすぎないと考えるかというかたちでの対立によって従来不明確であった点を説明するものであることが指摘されている。内田・前掲書注(7)424頁注(6)。
- (38) 内田・前掲書注(7)420頁。
- (39) Norbert Elias, *Die Gesellschaft der Individuen* (1987)。
- (40) Elias, a.a.O., S.21ff.
- (41) Elias, a.a.O., S.28f.
- (42) Elias, a.a.O., S.34ff.

本稿は、平成20年度科研費補助金・若手研究(B)による研究成果の一部である。